
“ENXUGAR” A CONSTITUIÇÃO FEDERAL OU O PODER CONSTITUINTE DE UM HOMEM SÓ

Prof. ARANTES, A. C.

**Advogado, Professor em nível de Graduação do UNIPINHAL de Teoria Geral do Estado
Direito Constitucional - Medicina Legal, Professor em nível de Graduação do IIES-UNIP
em Medicina Legal, Professor do Unisal-Americana em extensão.**

RESUMO

Trata-se de apreciação sobre a PEC 341/09 que pretende reduzir nossa Constituição Federal ao modelo anglo-americano da “Bill of Rights” produzindo, ao contrário do nosso modelo analítico - herdeiro do sistema continental, romano-germânico - em sintético. Tem por objeto este artigo alertar para a importância do tema buscando recortes doutrinários de autores renomados da área bem como reunir elementos de convencimento para justificar a afirmativa

Nossos legisladores são realmente “criativos”. Em tramitação esta no Congresso Nacional, mais precisamente na Câmara Federal, desde fevereiro deste ano, a chamada PEC 341/09, que propõe retirar da nossa Constituição Federal dispositivos considerados por seu autor como inócuos. Seu autor, o Nobre Deputado Federal Régis Fernandes de Oliveira, Desembargador Aposentado e ex-vice-Prefeito na gestão Celso Pitta e atualmente filiado ao PSC-SP, partido aliado ao Governo.

Não tem esse breve artigo o condão de discutir as qualidades ou currículo do Nobre Deputado, mas é de se estranhar, logo de início, seus argumentos para tal empreitada, senão vejamos: em artigo publicado na Folha de São Paulo a 17 de agosto pp, página A3 ele argumenta que nossa Constituição de 1988 quando PROMULGADA (*grifamos*) continha 250 artigos e outros 95 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias. Hoje com mais 06 Emendas Constitucionais de Revisão e outras 57 Emendas aprovadas, fizeram com que 90 artigos, 312 parágrafos, 309 incisos 90 alíneas iniciais fossem alterados, suprimidos e acrescidos, dados estes, fornecidos pelo próprio autor da PEC 341. Acrescenta ainda, a esses números, que hoje tramitam 1.119 propostas de Emendas na Câmara dos Deputados e outras 393 no Senado Federal, mas também informa que outras 1344 foram arquivadas nos últimos 20 anos de vigência de nossa Constituição. Argumenta, o autor da proposta, que *“a Constituição, da forma que está, impede o livre exercícios de direitos pela sociedade”*.

Vox Forensis, Espírito Santo do Pinhal, v. 2, n. 4, Out/Dez. 2009

Nossa atual Constituição Federal nasceu de uma **Assembléia Nacional Constituinte** que em **27 de novembro de 1.985**, ainda sob a vigência da Constituição de 1.969 (Emenda Constitucional n.º 1), a **Emenda de n.º 26** a convocou e **após três anos de trabalhos, ouvindo todos os setores da sociedade**, em 5 de outubro de 1.988, promulgou a atual Constituição da República Federativa do Brasil. Embora a convocação da Assembléia Nacional Constituinte se apresentasse como uma **Emenda à Constituição**, seu conteúdo não se mostrou apropriado a esse tipo de norma. A esse respeito, leciona José Afonso da Silva¹ que:

*“... se convocava Constituinte para elaborar Constituição nova que substituiria a que estava em vigor, por certo não tem a natureza de emenda constitucional, pois esta tem precisamente sentido de manter a Constituição emendada. Se visava destruir esta, não pode ser tida como emenda, mas como **ATO POLÍTICO**.”*

Em que pese o fato acima, uma vez instalada a **Assembléia Nacional Constituinte**, instalou-se, nela, o legítimo **PODER CONSTITUINTE**, de vez que aquela nada mais é do que o instrumento político através do qual este se manifesta. Por **PODER CONSTITUINTE** entenda-se aquele que, ao se manifestar, **faz surgir um novo Estado**, definindo-o por completo; no caso específico do Brasil, foi aquele Poder que definiu: a forma do **Estado**, a forma de seu **Governo**, o modo de **aquisição** e o exercício do **Poder**, o estabelecimento de seus **órgãos**, os **limites de sua ação** e os **Direitos Fundamentais** do homem e as respectivas garantias. Chimenti, Capez, Rosa e Santos² informam tratar-se da *apuração do **PODER que institui poderes, PODER capaz de constituir os PODERES DO ESTADO, sendo FONTE DA CONSTITUIÇÃO, e o que empresta legitimidade às suas normas.***

*O Poder Constituinte expressa, assim, as normas superiores que regem uma sociedade, já que todo agrupamento humano é orientado por princípios costumeiros ou escritos. É o poder que manifesta as regras que dão sustentação a todo o **ordenamento jurídico**. Assim, a Constituição dá fundamento às leis, sendo por isso denominada **NORMA HIPOTÉTICA FUNDAMENTAL**.*

O **Poder Constituinte Originário**, também conhecido como Poder Constituinte Genuíno ou de Primeiro Grau, é o verdadeiro Poder Constituinte. A esse respeito, lecionam Chimenti, Capez, Rosa e Santos³ que:

¹ SILVA, José Afonso da - CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO - 23ª ed. - Malheiros - São Paulo - 2004 - P. 87.

² CHIMENTI, Ricardo Cunha, CAPEZ, Fernando, ROSA, Márcio Fernando Elias e SANTOS, Marisa Ferreira dos - CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL - 2ª ed. - Saraiva - São Paulo - 2005 - Pp. 12/13.

³ Op. cit. - P. 13.

O **Poder Constituinte Originário** é a expressão das decisões soberanas da maioria de um povo em determinado momento histórico, decisões que podem ser exteriorizadas por meio de **eleições** (que geralmente selecionam os membros de uma Assembléia Constituinte), por uma **revolução** ou mesmo pela aceitação presumida das **regras impostas** pelo ocupante do Poder. As normas, expostas na forma de uma Constituição, ganham eficácia naturalmente (pela ausência de resistência capaz de afastá-las) ou são referendadas de maneira expressa pelo povo.

Assim considerando, podemos definir o Poder Constituinte Originário como o **Poder inicial, independente e ilimitado**, que ao se manifestar faz surgir uma nova Constituição, estabelecendo **nova Ordem Jurídica e criando um novo Estado**. Entendemos que, por ser a manifestação originária do poder de um Estado, não está ele limitado ou condicionado por qualquer tipo de norma ou poder, porém, conforme anota J. H. Meirelles Teixeira:

"... esta ausência de vinculação, note-se bem, **é apenas de caráter jurídico-positivo**, significando apenas que a Poder Constituinte não está ligado, em seu exercício, por normas jurídicas anteriores. **Não significa, porém, e nem poderia significar, que a Poder Constituinte seja um poder arbitrário, absoluto, que não conheça quaisquer limitações**. Ao contrário, tanto quanto a soberania nacional, da qual é apenas expressão máxima e primeira, **está o Poder Constituinte limitado pelos grandes princípios do Bem Comum, do Direito Natural, da Moral, da Razão**. Todos estes grandes princípios, estas exigências ideais, que não são jurídico-positivas, devem ser respeitados pelo Poder Constituinte, para que este se exerça legitimamente. O Poder Constituinte deve acatar, aqui, **'a voz do reino dos ideais promulgados pela consciência jurídica'**, na bela expressão de Recasens Siches".⁴

Nesse sentido, afastando-se da idéia de onipotência do Poder Constituinte derivada da teologia política *"... que envolveu a sua caracterização na Europa da Revolução Francesa (1789)"*, atualmente ultrapassada, posiciona-se Canotilho que, sugerindo ser entendimento da doutrina moderna, observando que o Poder Constituinte: *"... é estruturado e obedece a padrões e modelos de conduta espirituais, culturais, éticos e sociais radicados na*

⁴ J. H. Meirelles Teixeira, Curso ..., p. 213. **Alerta-se** o ilustre leitor que esta nova idéia começa a aparecer na doutrina, em contrapartida do poder absolutamente ilimitado.

consciência jurídica geral da comunidade e, nesta medida, considerados como 'vontade do povo'.⁵

Assim, anota Jorge Miranda, o Poder Constituinte formal confere:

"... estabilidade e garantia de permanência e de supremacia hierárquica ou sistemática ao princípio normativo inerente a Constituição material. Confere estabilidade, visto que a certeza do Direito exige o estatuto da regra. Confere garantia, visto que só a Constituição formal coloca o Poder Constituinte material (ou o resultado da sua ação) ao abrigo das vicissitudes da legislação e da prática quotidiana do Estado e das forças políticas".⁶

Isto posto, devemos lembrar que não a muito tempo atrás falou-se em “*Assembleia Constituinte Parcial*”(sic), com o intuito de proporcionar uma reforma política no País, e não é que os menos avisados já estavam encampando a “*maluca*” idéia!

E o que se pretende com essa PEC 341, exatamente uma nova constituição golpista OUTORGADA (grifamos), por um grupo não legitimado para tal. Pergunta-se: O Nobre Deputado, quando eleito, o foi para exercer a função legislativa ou para pretender ser o “poder constituinte de uma só pessoa”?

A manifestação do Poder Constituinte Originário se encerra com a promulgação de uma nova Constituição. Observe-se, no entanto, que ele não se esgota aí; mantém-se viva uma parcela desse Poder atribuída ao Congresso Nacional para **promover alterações pontuais** no texto Constitucional, adequando-o à realidade social constatada no Estado. De fato, se ele se esgotasse com a promulgação da nova ordem, teríamos uma Constituição imutável, o que não condiz com o fenômeno sempre crescente da evolução social. A essa parcela do Poder Constituinte Originário que se mantém viva, chamada de **Poder Constituinte Derivado**, assim entendido como o poder atribuído ao Congresso Nacional para alterar dispositivos da Constituição através de emendas constitucionais.⁷

Trata-se, portanto de uma garantia que evoluindo a sociedade, evoluindo o pensamento político, podemos evoluir também a Ordem Constitucional e usar como argumento que

⁵ - J. J. Gomes Canotilho, Direito constitucional..., 7. ed., p. 81.

⁶ Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, p. 91-92

⁷ Emenda Constitucional é a espécie normativa que introduz modificações no texto da Lei Maior. Podem ser de iniciativa do Presidente da República, de um terço dos deputados ou um terço dos senadores, ou ainda de mais da metade das Assembleias Legislativas do País, Para ser aprovada, uma Emenda precisa ter voto favorável de três quintos de todos os deputados e senadores, com duplo turno de votação em cada uma das casas.

“...minorias dificilmente conseguem contingente de congressistas para avançar temas de seus interesses”⁸ é no mínimo um contra-senso visto que a Democracia pressupõe exatamente a participação de todos, porém prevalecendo a vontade da maioria.

O que se discute, na realidade, é a legitimidade para se impor uma nova constituição por meio de uma PEC, pretensamente objetivando “enxugar” nossa Constituição vigente. Tive o cuidado de ler o texto proposto, é simplesmente uma nova constituição – relembra 1969 com a Emenda Constitucional n.º 1 - e creio que devo ressaltar ao menos um tópico que justifique esse artigo, senão vejamos: o art. 7º foi totalmente excluído, remetendo para a legislação infra-constitucional as garantias dos trabalhadores. Foram suprimidos seus 34 incisos e parágrafo único. Lembramos que foi graças a esse artigo da Constituição que muitas leis infra-constitucionais tomaram corpo, basta simples leitura do texto constitucional para observar. Pode-se argumentar que uma vez quase todo regulamentado desnecessária seria sua permanência no texto original, porém, sem estar, quais garantias terá o trabalhador, protegido por este artigo, que as leis não serão mudadas na calada dos acordos de líderes? Isto sem reclamar que este artigo pertence ao Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, podendo ser considerado doutrinariamente como Cláusula Pétrea do nosso Ordenamento Constitucional.

E por falar em Cláusula Pétrea veja o que reserva o parágrafo 5º art. 33 da nova redação proposta:

*“Diante de **circunstâncias excepcionais** de alteração da realidade brasileira, em qualquer aspecto, A Casa de Representação Popular⁹ **poderá alterar cláusula pétrea**, mediante aprovação de quarto quintos de seus membros. (grifamos).*

O que equivale dizer que não haveria mais Cláusulas Pétreas, assim tudo pode ser mudado, a forma do **Estado**, a forma de **Governo**, o modo de **aquisição** e o exercício do **Poder**, o estabelecimento de seus **órgãos**, os **limites de sua ação** e os **Direitos Fundamentais** e as respectivas garantias, até mesmo o Pacto Federativo, bastaria argumentar a excepcionalidade da circunstancia. E o que é “*circunstância excepcional*”? O texto não o define. Seria uma circunstância excepcional, em nome de suposta “governabilidade” voltarmos a censurar a imprensa? Em nome dessa excepcionalidade suspender direitos fundamentais total ou parcialmente, temporariamente ou definitivamente? Quem decidiria isso? Isso para dizer pouco.

⁸ Artigo da Folha de São Paulo já referido

⁹ Casa de Representação Popular é o que tomaria lugar do atual Congresso Nacional, extinguindo o Senado Federal

E para não me alongar em demasiado, poderíamos ainda argumentar sobre a desconstitucionalização do Ministério Público, da Defensoria Pública, do Direito Ambiental, etc., sugiro ao leitor que gaste ou perca (como preferir) um tempo e leia o projeto da PEC 341/09 e se conscientize dos absurdos propostos por este Nobre Deputado auto-investido na função de “poder constituinte de um homem só”.

Vinte anos se passaram desde a promulgação de nossa Constituição Federal, e, o que se dizia ingovernável se mostrou exatamente ao contrário e se muito foi feito, muito ainda o há se ser, e diga-se: se não o foi em ordem constitucional, que dirá em nível infra-constitucional. Ressalte-se: foi esta mesma Constituição que impediu e impede que oportunistas, de qualquer ideologia, se locupletem eternamente do poder, é Ela que assegura a Democracia.

Nas sábias letras de João Batista Ericeira¹⁰ *“Dizer que a Constituição não tutela a sociedade brasileira, é, na realidade, circunlóquio para disfarçar, pois na verdade ela não interessa para determinados grupos econômicos (e políticos – acrescento). Eles argumentam em nome do futuro que eles pretendem seja exclusivamente deles. Atualmente ser progressista é defender os avanços e conquistas da Constituição Federal de 1988 eles consolidam a nossa Constituição histórica na feliz acepção do jurista Hans Kelsen”*.

Ao que ainda acrescentamos, nas lições de José Afonso da Silva, que traduzindo o pensamento de Kelsen, observa:

*“... Constituição é, então, considerada norma pura, puro **dever-ser**, sem qualquer pretensão a fundamentação sociológica, política ou filosófica. A concepção de Kelsen toma a palavra Constituição em dois sentidos: no **lógico-jurídico** e no **jurídico-positivo**. De acordo com o primeiro, Constituição significa norma fundamental hipotética, cuja função é servir de fundamento lógico transcendental da validade da Constituição jurídico-positiva, que equivale à norma positiva suprema, conjunto de normas que regula a criação de outras normas, **lei nacional no seu mais alto grau**”¹¹. (grifamos)*

Finalizo acrescentando as questões:

¹⁰ Revista da ENA – Escola Nacional de Advocacia – Setembro de 2009, n. 17 p. 13-14

¹¹ - José Afonso da Silva, Curso...p. 41

“A quem realmente interessa?”

“Ao povo?” **Certamente não!**